



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.4145/09

Reg.Dec.

N. 7178 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 215/2009

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Fater s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall' avv.to Pierluigi De Nardis, ed elettivamente domiciliato presso l'Avv. Avilio Presutti, in Roma, piazza S. Salvatore in Lauro, n. 10;

contro

Consip, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall' avv.to Andrea Guarino, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, piazza Borghese, n. 3;

e nei confronti

Artsana s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Lucio Filippo Longo, Alessandro Patelli e Ruggero Tumbiolo, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, piazza della Marina, n. 1;

Santex s.p.a., non costituitasi in giudizio;

Autorità garante della concorrenza e del mercato, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, n. 3713/08 pubblicata il 7-5-2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip e di Artsana s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17-3-2009 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Longo, l'Avv. Bevilacqua per delega dell'avv. De Nardis e l'Avv. Martelli per delega dell'avv. Guarino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. La Fater s.p.a. ha partecipato alla gara indetta dalla Consip spa con bando del 26.4.2007 per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni, strutturata in n. 4 autonomi lotti e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, presentando un'offerta per ciascuno dei lotti.

La società ha impugnato davanti al Tar del Lazio il bando e il disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese, che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, erano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.

Con successivi motivi aggiunti la Fater s.p.a. ha impugnato i provvedimenti di aggiudicazione della gara e le relative graduatorie, nelle quali si era classificata al terzo posto per i lotti 2 e 4 aggiudicati alla ARTSANA spa e al secondo posto per i lotti 1 e 3 aggiudicati alla SANTEX spa.

Con la sentenza n. 3713/08 il Tar del Lazio ha respinto il ricorso.

La Fater s.p.a. ha proposto ricorso in appello avverso la suddetta sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

La Consip e Artsana s.p.a. si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso, mentre non si è costituita la Santex s.p.a..

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione da parte della Fater s.p.a. di una gara indetta dalla Consip per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni.

Con il primo motivo del ricorso l'appellante deduce l'illegittimità del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.

Tale limitazione si porrebbe in contrasto con il principio generale, anche di derivazione comunitaria, di *favor* nei confronti dei raggruppamenti temporanei di imprese e sarebbe di per sé irragionevole.

La censura è priva di fondamento.

La Consip ha inserito tale clausola del bando, recependo una indicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AS251 del 30-1-2003), secondo cui, pur essendo i RTI uno strumento

idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale tra i partecipanti alle pubbliche gare, le stazioni appaltanti possono valutare di prevedere una limitazione alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara.

In relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura di gara, la Consip ha ritenuto che consentire di riunirsi fra loro in ATI alle imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara avrebbe comportato il rischio di una restrizione della platea dei partecipanti e, quindi, del confronto concorrenziale.

La clausola contestata è stata, quindi, introdotta con finalità pro competitive.

Anche prescindendo dalla verifica dell'interesse alla censura della ricorrente, che ha comunque partecipato singolarmente alla gara, il Collegio ritiene che tale clausola, pur non essendo imposta da alcuna disposizione normativa, sia legittima e che l'introduzione della menzionata limitazione rientri, quindi, tra le opzioni a disposizione della stazione appaltante, da esercitare in relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura.

Nel caso di specie, tale mercato è caratterizzato, sotto il profilo dell'offerta, dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte.

Come correttamente rilevato dal Tar, in tale contesto i notevoli importi dei singoli lotti della gara determinavano che pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari e consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ATI avrebbe comportato il rischio di ridurre l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni e di rendere più difficile per le imprese di più ridotte dimensioni la partecipazione alla gara anche attraverso i raggruppamenti.

Del resto, l'esito della procedura ha confermato tale ipotesi, in quanto ai primi posti delle graduatorie si sono collocate le imprese *leaders* del settore, le quali, avendo presentato autonome offerte, si sono trovate in una posizione di effettiva concorrenza, che sarebbe potuta venire meno in caso di riunione delle stesse imprese, invece non consentita dalla contestata clausola.

Peraltro, la clausola non vieta i raggruppamenti né vieta alle imprese maggiori di costituirli, ma impedisce solamente a tali imprese di associarsi fra loro, potendo le stesse farlo con le imprese prive dei requisiti per partecipare singolarmente.

Alcun rilievo hanno, infine, le considerazioni con cui l'appellante ha richiamato l'asserita contraddittorietà tra la contestata clausola e il consentito strumento del sub-appalto o dei consorzi.

Infatti, il sub-appalto è istituito che opera nel momento esecutivo dell'appalto, e non in quello di presentazione dell'offerta e di confronto concorrenziale.

Per i consorzi, invece, è sufficiente precisare che i consorzi stabili costituiscono un unico concorrente con la conseguenza che i consorziati, benché in possesso singolarmente dei requisiti di partecipazione, non possono partecipare alla gara singolarmente, ponendosi in una situazione del tutto differente rispetto a quella colpita dalla contestata clausola (negli accordi stabili l'accordo preesiste e non modifica quindi le dinamiche concorrenziali).

Deve, quindi, ritenersi la legittimità della menzionata clausola limitativa per l'associazione in ATI fra loro di imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara.

3. Con riguardo ai motivi aggiunti proposti in primo grado ed attinenti al concreto svolgimento della gara, si rileva in primo luogo l'infondatezza dell'eccezione sollevata dalle parti appellate, secondo cui tali motivi dovevano essere dichiarati irricevibili per tardività.

In relazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva la proposizione dei motivi aggiunti è certamente tempestiva e ciò rende irrilevante affrontare la questione del dimezzamento dei termini ex

art.23-bis 1. Tar per la notificazione dei motivi aggiunti (termine che erroneamente le parti appellate fanno decorrere dalla mera proposta di aggiudicazione o dall'aggiudicazione provvisoria).

4. L'appellante contesta le operazioni di gara sotto tre profili:

a) l'erroneo iniziale prelevamento dei campioni da testare solamente dalla prima confezione e il tardivo prelievo dei campioni da ciascuna delle tre confezioni;

b) l'ulteriore errore che sarebbe stato commesso dalla Commissione, che anziché testare prima le barriere di destra e poi quelle di sinistra, avrebbe proceduto a testare alternativamente prima una di destra e in sequenza una di sinistra;

c) il fatto che il peso medio dei prodotti non è stato calcolato pesando tutti i prodotti delle tre confezioni offerte quali campioni, bensì pesando unicamente il peso medio di ogni singola busta con la conseguenza che il peso medio sarebbe stato calcolato sui pezzi di una singola confezione e non sul totale dei pezzi delle tre confezioni.

Al riguardo si osserva che la Fater s.p.a. ha mutato in sede di appello le originarie contestazioni sub a) e c), deducendo, sotto il primo profilo, che il fatto che i prelievi siano avvenuti in tempi diversi sarebbe circostanza idonea a falsare i risultati del test a causa dell'esposizione all'aria dei prodotti e, sotto altro aspetto, che l'aver pesato anche l'involucro delle confezioni avrebbe anche falsato i risultati.

Si tratta di profili di censura nuovi, che non possono essere introdotti per la prima volta in sede di appello e come tali vanno dichiarati inammissibili.

Parimenti inammissibile è il motivo sub b), in quanto l'appellante non ha in alcun modo indicato il pregiudizio che avrebbe subito dall'asserita inversione dell'ordine di esame delle barriere.

Deve, quindi, ritenersi che non sussiste un interesse a far valere tale profilo e che, pertanto, non debba essere accertato in via istruttoria l'esatto ordine dei test compiuti, potendo sorgere dalla lettura

del modulo dei dubbi sul fatto che si sia proceduto in alternanza, anziché iniziare prima con tutte le barriere di destra.

5. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

In relazione alla parziale novità della prima questione, ricorrono giusti motivi per compensare per metà tra le parti le spese del giudizio di appello, ponendo la restante metà a carico dell'appellante soccombente nella misura indicata in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Compensa per metà le spese del giudizio di appello e condanna l'appellante alla rifusione, in favore di Consip spa e di Artsana spa, della restante metà delle spese, liquidate in Euro 2.500,00, oltre IVA e CP per ciascuna parte.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 17-3-2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.
Roberto Garofoli	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/06/2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria